Auszüge aus Doktordissertationen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Jahrgang 1925.

Das Pfandrecht an eigener Sache
nach römischem und bürgerlichem Recht

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

von

Rudolf Rosenthal

aus Paderborn.

Gutachter: Se. Magnifizenz Professor Dr. Binder.

A. Das Pfandrecht an eigener Sache nach römischem Recht.

I. Einleitung.

Dem römischen Grundsatze „pignus rei suae consistere non potest" entsprechend ist die originäre Bestellung ausgeschlossen. Die Quellen belegen diesen Satz in l. 29 D. 13, 7; l. 33 § 5 D. 41, 3 und l. 45 pr. D. 50, 17.

II. Möglichkeit des Pfandrechts an eigener Sache beim späteren Zusammentreffen von Eigentum und Pfandrecht.

1. In der lex Latinus largus l. 30 § 1 D. 44, 2 erwirbt ein vorgehender Pfandgläubiger das Eigentum der ihm verpfändeten Sache. — Während v. Jungenfeldt, Brinz, Dernburg im Gegensatz zu Windscheid, Ihering Übergang des Eigentums, aber Erlöschen des Pfandrechts annehmen; Büchel, Bachofen, Kuhlmann pignus hier als „Faustpfand" auffassen; Franke, Dernburg eine Fortdauer des Pfandrechts nur bei Unkenntnis des Gläubigers anerkennen, besteht ein Pfandrecht an eigener Sache wegen begründeten Interesses des Vorhypothekars gegen nachstehende Gläubiger und mit Rücksicht auf die eigenartige Gestaltung des Falles. —

Erwerb der Pfandsache durch Kauf oder an Zahlungsstatt durch einen vorgehenden Pfandgläubiger (l. 1 C. 8, 19). — Offerierungspflicht der Nachhypothekare. — Entgegen der Ansicht von v. Jungenfeldt, Bachofen, Dernburg, Buchka Annahme des Erlöschens der Nachhypotheken beim Verkauf der Sache durch den Pfandgläubiger, ursprünglich auch durch den Pfandschuldner, zur Vermeidung von Härten jedoch Fortbestehen derselben und auch des Pfandrechts des vorgehenden Gläubigers. —

In der l. 61 (59) pr. D. 36, 1 Fortdauer des Pfandrechts an der dem Pfandgläubiger durch fiduziarischen Erbfall angefallenen Sache. — Beweis für das Vorkommen eines Pfandrechts an eigener Sache im Verhältnis zu anderen dinglich Berechtigten als Nachhypothekaren. Beim Erlöschen desselben Verlust der Rechte des Fiduziars durch den Erbschaftsantritt ohne jede Befriedigung. Anderer Meinung im Gegensatz zum Quellentext: Wießner, Franke, Dernburg, v. Jungenfeldt, Fritz. —

2. Erwerb eines bestehenden vorgehenden Pfandrechts durch den Eigentümer der Sache (l. 19 D. 20, 4). — Nach Fritz, Sintenis, Gerland keine Fortdauer desselben: iustus possessor ist jeder gutgläubige Besitzer. Entgegen dieser Ansicht Vorliegen eines Pfandrechts an eigener Sache, da der beliebige Besitzer zugleich Eigentümer mit gleichem Rechte sein kann. —

3. Gleichzeitiger Erwerb von Eigentum und vorgehendem Pfandrecht durch einen Dritten. — Belege in l. 17 D. 20, 4; l. 3 § 1 D. 20, 5 und l. 3 C. 8, 18. — Im Gegensatz zu v. Jungenfeldt, Brinz, Dernburg, Buchka, Puchta Annahme eines Pfandrechts an eigener Sache in sämtlichen drei Stellen.

III. Fälle, in denen früher irrtümlich ein Pfandrecht an eigener Sache für vorliegend erachtet wurde.

In l. 2 D. 20, 5; l. 5 § 1 D. 20, 5; l. 6 D. 20, 5 wird dem Bürgen oder Nachhypothekar von dem Pfandgläubiger bei seiner Befriedigung das Pfand verkauft. — Während v. Wening-Ingenheim, v. Vangerow Pfandrecht und Eigentum fortbestehen lassen; v. Jungenfeldt, Bachofen, Franke, Kuhlmann, Dernburg nur scheinbaren Übergang des Eigentums annehmen, erhält der Bürge oder Nachhypothekar nur ein Pfandrecht, nicht aber auch Eigentum. —

Steht dem Mündel an den vom Vormund mit pecunia pupillaris angeschafften Sachen zugleich Eigentum und Pfandrecht zu? — Bejahend v. Wening-Ingenheim, Bachofen unter Bezugnahme auf l. 7 D. 20, 4; l. 3 pr. D. 27, 9; l. 6 C. 7, 8; l. 2 D. 26, 9; l. 3 C. 5, 51; verneinend mit Recht die herrschende Lehre: der Mündel hat nur die Wahl zwischen Eigentum und Pfandrecht. —

Ebenso besteht in der l. 30 C. 5, 12 für die Frau nach Auflösung der Ehe zum Schutze gegen die vom Manne bestellten Hypotheken an der dos kein Pfandrecht an eigener Sache; ihr ist die Wahl gelassen zwischen der actio in rem (utilis) und der actio hypothecaria. —

Entgegen der Ansicht von v. Wening-Ingenheim liegt es auch nicht in l. 6 § 2 C. 5, 9 vor. Bei der Wiederverheiratung der Frau haben die Kinder eine Legalhypothek am ganzen Vermögen der Mutter. Eine Konkurrenz mit dem Eigentum tritt aber nach l. 3 C. 5, 9; l. 5 C. 5, 9 und Novelle 2 vom Jahre 535 nicht ein. —

IV. Inhalt und rechtliche Bedeutung des Pfandrechts an eigener Sache.

Die römische Praxis hat aus Billigkeitsrücksichten diese Ausnahmen zugelassen. — Der Eigentümerhypothekar wird gegen die Nachhypothekare durch die Einrede des besseren Pfandrechts oder die rei vindicatio oder Erhebung der actio hypothecaria geschützt. — Steht ihm das ius vendendi zu? Bejahend: Hartmann, Kuhlmann; verneinend mit Recht: Windscheid, v. Jungenfeldt, Fritz, Ihering, Buchka und Wießner: die römische Hypothek ist ein Recht an fremder Sache, Abweichungen sind nur zum notwendigsten Schutze der Interessen des Eigentümers zugelassen. — Bei der Trennung von Pfandrecht und Eigentum wird ersteres wieder voll wirksam. So zutreffend: Windscheid und Buchka; verneinend: Dernburg.

B. Das Pfandrecht an eigener Sache nach bürgerlichem Recht.

I. Historische Entwicklung der Eigentümerpfandrechte im preußischen und mecklenburgischen Rechte.
II. Einteilung der Eigentümerpfandrechte im B.G.B.
III. Die Eigentümerhypothek.

Das Wesen der Eigentümerhypothek.

Dernburg unterscheidet die forderungsbekleidete und forderungsentkleidete Eigentümerhypothek. — Ist die Hypothek akzessorisch? Verneinend: Goldmann-Lilienthal; Endemann: Das B.G.B. hat ein gemischtes System: theoretisch: akzessorisch, praktisch: abstrakt; Staudinger-Kober: Bedingung einer Forderung nur zur Entstehung der Hypothek; Biermann; Hachenburg; bejahend: Turnau-Förster: ohne Forderung kein Entstehen und Fortbestehen der Hypothek; Dernburg: Anwendung einer Fiktion im B.G.B.; Kretzschmar; v. Schwind; Enneccerus-

Wolff: beim Fehlen einer Forderung entsteht stets eine Eigentümergrundschuld, § 1138 B.G.B. bildet keine Ausnahme, da schon vor der Zession die Hypothek in Wirklichkeit Eigentümergrundschuld ist; Planck. — Ergebnis: Akzessorität der Hypothek; nur bei Forderungsbestand ist sie wirkliche Hypothek, forderungsentkleidet charakterisiert sie sich materiell trotz entgegengesetzter Eintragung im Grundbuch als Grundschuld. Den Folgerungen hieraus trägt § 1177 Abs. 1 und 2 B.G.B. Rechnung: Für die Dauer der Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht gilt § 1197 a. a. O.

Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek.

1. Der originäre Erwerb der Hypothek seitens des Eigentümers ist durch § 1163 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 B.G.B. geregelt. — Fehlen die Voraussetzungen zur Entstehung eines dinglichen Rechtes, so ist die Hypothek nichtig und geht nicht auf den Eigentümer über. Bestritten von: Dernburg: es entsteht stets eine Eigentümergrundschuld; Enneccerus-Wolff: eine gültige Willenserklärung muß jedoch vorhanden sein; Oberneck; Willenbücher: es genügt schon eine formell ordnungsmäßige Eintragung. Mit Recht bejahend: die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (2. Kommission); Turnau-Förster: es ist keine Hypothek und daher auch keine Eigentümerhypothek entstanden; Staudinger-Kober; Planck.

Eine Eigentümerhypothek entsteht, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt. Sie gebührt dem Eigentümer von Anfang an. — Sind mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer mit einer Gesamthypothek belastet, so steht sie ihnen nach § 1172 B.G.B. gemeinschaftlich zu mit Anspruch auf Teilung gemäß § 1132 Abs. 2 a. a. O. Nach Enneccerus-Wolff, Biermann und Staudinger-Kober liegt eine Gemeinschaft zur gesamten Hand vor; nach Planck, Turnau-Förster und Oberneck eine Gemeinschaft besonderer Art; nach Endemann-Güthe eine Bruchteilsgemeinschaft im Sinne des § 741 B.G.B. — Gehören sämtliche belasteten Grundstücke demselben Eigentümer, so erwirbt er die Gesamthypothek an allen Grundstücken.

Die Hypothek steht dem Eigentümer bis zur Übergabe des Hypothekenbriefes als Eigentümergrundschuld zu (§§ 1163 Abs. 2, 929 Abs. 2, 930, 931, 1117 Abs. 2, 1176 B.G.B.).

2. Möglichkeit des derivativen Erwerbes der Eigentümerhypothek in vier Fällen:

Infolge Erlöschens der gesicherten Forderung bei Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.), durch den Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist (§§ 1164, 1167 a. a. O.) und durch Dritte, die zur Befriedigung des Gläubigers nicht berechtigt oder verpflichtet sind (§§ 894, 896, 1144, 1145 a. a. O.). — Wie ist es beim Erlöschen der Forderung einer Gesamthypothek? Liegen die Voraussetzungen des § 1163 a. a. O. vor und gehören die belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern und befriedigt einer den Gläubiger, so erwirbt nur dieser die Gesamthypothek als Einzelhypothek an seinem Grundstücke unter Erlöschen derselben an den übrigen (§ 1173 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 a. a. O.). —

Beim Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168 Abs. 1 B.G.B.). Zu unterscheiden: beim freiwilligen Verzicht ist Erklärung und Eintragung erforderlich (§ 894 B.G.B., §§ 19, 22 G.B.O.); steht beim erzwungenen Verzicht dem Eigentümer eine peremtorische Einrede zu, so hat er einen im Wege der Klage geltend zu machenden Anspruch auf die Verzichterklärung des Gläubigers. Im Falle der Schuldübernahme Eintritt der gleichen Wirkungen wie beim freiwilligen Verzicht, nur bei Einwilligung des Eigentümers Fortbestehen der Hypothek. —

Infolge Ausschlusses des unbekannten Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens. Zu unterscheiden: Aufgebot einer mutmaßlich erloschenen Forderung und Ausschlußurteil mit Verzichtswirkung (§ 1170 B.G.B.; §§ 946—959, 982—986 C.P.O.) und Aufgebot einer noch bestehenden Forderung und Ausschlußurteil mit Befriedigungswirkung (§ 1171 B.G.B.).

Durch Erledigung einer infolge der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes eingetra-

genen Sicherungshypothek (§ 866 C.P.O.). Kein Wegfall bei Abänderung der ihr zugrunde liegenden Entscheidung, sondern Übergang auf den Eigentümer analog § 1163 B.G.B. (§ 868 C.P.O.). — Treten die Aufhebungsgründe der C.P.O. neben oder an die Stelle derjenigen des B.G.B.? Erstere Ansicht zu Unrecht enthalten in den Protokollen. Die Zwangshypothek untersteht ebenso wie das Pfändungspfandrecht (§ 804 Abs. 2 C.P.O.) als privates Recht den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und ihres Unterganges. So auch: Gaupp-Stein.

IV. Das Mobiliarpfandrecht an eigener Sache.

Für das vertragsmäßige Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten ist durch seinen streng akzessorischen Charakter eine Übertragung ohne Forderung ausgeschlossen (§ 1250 B.G.B.). Mithin Unzulässigkeit der originären Begründung eines Pfandrechtes an eigener Sache (§ 1256 B.G.B.). Der Eigentümer kann ein Pfandrecht stets nur für dritte Personen bestellen (§ 1205 B.G.B.). Ebenso Unzulässigkeit des derivativen Erwerbes mit einzelnen Ausnahmen: Kein Erlöschen des Pfandrechts während der Belastung der Forderung mit dem Rechte eines Dritten (keine Fiktion) und beim Vorliegen eines rechtlichen Interesses des Eigentümers im Verhältnis zu Dritten, denen ein nachgehendes Recht zusteht. Mit Planck: Vorliegen einer Fiktion. —

Hat der Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht an dem Kommissionsgute, wenn er Eigentümer desselben ist? Nach § 397 H.G.B. liegt dieses in gewissen Fällen vor, wenn er Besitzer ist. Als Eigentümer kann er sich wegen der im § 397 a. a. O. bezeichneten Ansprüche nach Maßgabe pfandrechtlicher Vorschriften aus dem Kommissionsgute befriedigen (§ 398 H.G.B.). Er hat also nur ein pfandähnliches Recht, kein Pfandrecht an eigener Sache. So auch: Düringer-Hachenburg und Staub.

BONIFACIUS-DRUCKEREI, PADERBORN.